

## TRZY MODELE PRAKTYKI PRAWNICZEJ

Ludzkie działanie i otaczający nas realny świat są ze sobą wielorako powiązane. Z jednej strony działanie jest określane przez strukturę rzeczywistości, bo każda forma ludzkiej aktywności stanowi pokonywanie jej oporu. Z drugiej – poprzez działanie określamy rzeczywistość, bo za realne uważamy to, co stawia opór naszej aktywności. Problem tej relacji może (niesłusznie) wydawać się trywialny w odniesieniu do rzeczywistości natury, ale z całą pewnością ma podstawowy charakter przy charakterystyce aktywności skierowanej na rzeczywistość kultury, która sama jest wytworem działania społecznego. Tego rodzaju aktywnością jest m.in. praktyka prawnicza, można zatem uznać strukturę rzeczywistości, w której praktyka ta się dokonuje, za ważny – być może najważniejszy – kształtujący ją czynnik. Problem relacji pomiędzy strukturą praktyki prawniczej a rzeczywistością społeczną wydaje się szczególnie istotny dla zrozumienia drogi, jaką prawo (jako obiekt kultury) przeszło przez ostatnich dwieście lat, a także kierunków jego możliwej dalszej ewolucji.

Z grubsza rzecz biorąc, w wieku XVIII kończy się proces „odczarowania” prawa, będący częścią powszechnej racjonalizacji europejskiej kultury<sup>1</sup>. Następne dwa stulecia przemian instytucji prawnych wydają się podporządkowane procesowi przechodzenia od społeczeństwa opartego na tzw. solidarności mechanicznej ku społeczeństwu ufundowanemu na solidarności organicznej. Rozróżnienie solidarności mechanicznej i organicznej jako dwóch podstawowych typów więzi społecznej sformułował swego czasu E. Durkheim<sup>2</sup>. Pierwsza z nich oparta jest na powszechności i tożsamości przekonań, obyczajów, wartości i wzorów życia. Społeczeństwo oparte na więzi tego rodzaju ma tendencje do aksjologicznego uniwersalizmu i represjonowania rozmaitych form odmienności. Podstawą jego istnienia jest w tym samym stopniu solidarność wobec „swoich”, co i wrogość wobec „innych”. Solidarność organiczna z kolei to więź społeczna ugruntowana na społecznym podziale pracy i doświadczeniach gospodarki rynkowej, oparta na wzajemnym szacunku uczestników wymiany. Podstawą istnienia społeczeństwa jest tu wzajemna akceptacja jego członków i umiejętność współistnienia w odmienności. Zdaniem Durkheima, swoistym „indykatorem” pozwalającym identyfikować typ więzi podstawowy dla danego społeczeństwa jest typ systemu prawnego. Solidar-

---

<sup>1</sup> O procesie tym: M. Weber, *Gospodarka i społeczeństwo. Zarys socjologii rozumiejącej*, Warszawa 2002, s. 488 i nast.

<sup>2</sup> E. Durkheim, *O podziale pracy społecznej*, Warszawa 1999, s. 92 i nast.

ność mechaniczna powiązana jest z systemami represyjnymi, zdominowanymi przez surowe sankcje karne, mające często formę zrytualizowanej zemsty na winowajcy. Solidarność organiczna wyraża się natomiast w systemach kooperacyjnych, których podstawową częścią jest prawo administracyjne i cywilne, korzystające z tzw. sankcji „restytucyjnej”, czyli zmierzające przede wszystkim do odbudowy i utrzymania porządku naruszonego działaniem sprawcy. Dziś, bogatsi od Durkheima o sto lat doświadczeń, możemy wskazać kolejne, nie zawsze korzystne, konsekwencje narastającego pluralizmu współczesnych społeczeństw dla struktury instytucji prawnych. W niniejszym szkicu chciałbym przeanalizować towarzyszące przemianom prawa zmiany w pojmowaniu rzeczywistości i ustalaniu, co i jak istnieje w otaczającym prawników świecie.

## I

Pierwotnie ludzkim postrzeganiem świata rządził kartezjanizm, program epistemologiczny i ontologiczny oparty na kilku prostych tezach, zakorzenionych w myśleniu potocznym. Zakłada on – po pierwsze – istnienie podmiotu (tzw. *cogito*), który jest dany sam sobie jako myślenie („myśl jest zawsze myślą czyjaś”, „myślę więc jestem”), oraz przedmiotu, którego istnienie jest równie oczywiste, jako że „myśl jest zawsze myślą o czymś”<sup>3</sup>. Świat zostaje jednak w ten sposób rozszczepiony na dwa fundamentalnie odmienne porządki ontyczne: byt i myśl o bycie<sup>4</sup>. Przedmiot i podmiot, których odrębne istnienie jest dane jako oczywiste, ustalają podstawową, dualistyczną siatkę pojęciową oraz pola problemowe kognitywizmu.

Począwszy od Kanta, przez dziewiętnastowieczną filozofię życia, aż po współczesną hermeneutykę kształtuje się alternatywna tradycja teoretyczna, określaną przeze mnie terminem „interpretacjonizm”<sup>5</sup>. Podważa on omawianą strukturę intelektualną w obu najistotniejszych dla niej punktach – kwestionując pojęcie rzeczywistości jako danej oraz odrzucając kartezjańskie *cogito*. Świat istnieje tu jedynie jako „rzeczywistość dla nas”, istniejąca w relacji do naszego kategorialnego uposażenia podmiotowego, a więc jest nam dany jedynie poprzez interpretację. Z drugiej strony to uposażenie kategorialne – a więc my jako podmioty poznające – jest wytworem kultury, nie może więc być mowy o istnieniu *cogito* jako bytu autonomicznego wobec zewnętrznego świata. Poznanie staje się procesem swoście „samozwrotnym”, dokonującym się w obrębie świata (najczęściej społecznego), a nie pomiędzy światami. Dopiero w poznaniu dokonuje się rozszczepienie

<sup>3</sup> G. Rodis-Lewix, *Kartezjusz i racjonalizm*, Warszawa 2000, s. 28; patrz też: L. Dobrzański, *Istota kartezjanizmu*, *Studia Filozoficzne* 1986, nr 10, s. 159–169, *passim*.

<sup>4</sup> O tzw. „problemie mostu”: T. Nagel, *Widok znikąd*, Warszawa 1997, s. 84 i nast.; także: N. Hartmann, *Wprowadzenie do filozofii*, Warszawa 2000, s. 38 i nast.

<sup>5</sup> Terminu tego używam za: H. Lenk, *Filozofia pragmatycznego interpretacjonizmu. Filozofia pomiędzy nauką i praktyką*, Warszawa 1995, s. 9 i nast.

świata na przedmiot i podmiot<sup>6</sup>; rozszczepienie, które jest wtórne wobec „dziania się” procesów społecznych.

Doskonałą ilustrację tego procesu stanowi analiza instytucjonalizacji ludzkiego działania<sup>7</sup>. Charakteryzuje się ono naturalną tendencją do powtarzalności, umożliwiając stabilizację procedur realizacji zadań określonych przez społeczny podział pracy. Ich wykonywanie ściśle wiąże się też z posługiwaniem się językiem, który nie jest jedynie „prostym” narzędziem komunikacji, ale – przez związek z naszym kategorialnym uposażeniem poznawczym – stanowi strukturę aktywnie porządkującą otaczający nas świat. Porządkowanie to dokonuje się poprzez tzw. typyfikację – proces, w którym właściwe nam schematy poznawcze, umożliwiające rozpoznawanie w otaczającym nas świecie przedmiotów określonego rodzaju, „dopisują” niejako do naszych obserwacji uwarunkowaną kulturowo treść<sup>8</sup>. Społeczny podział pracy oraz wzajemne typyfikowanie swoich działań przez różne grupy podmiotów stanowi podstawę procesu instytucjonalizacji społeczeństwa, to znaczy rozszczepienia go na sfery działań o ustalonej nawykowej formie (np. rodzina, wojsko, handel, subkultura, religia, a także i prawo). Instytucjonalizacji towarzyszą odpowiednie zmiany w języku, kształtowanie się systemu ról społecznych adekwatnych do typów instytucji oraz inne procesy, które sprawiają, że świat instytucjonalny zaczyna się jawić jako obiektywny w sensie przyrodoznawczym (metafizycznym), ponieważ poznanie hermetyzujących się instytucji zaczyna wymagać od jednostki zachowań takich samych jak w poznaniu świata natury.

Każda instytucja produkuje wiedzę o porządku instytucjonalnym, wyjaśniającą i spajającą ten porządek. Jest to wiedza o tym, jak działać w określonej instytucji, ale i o tym, dlaczego tak właśnie, a nie inaczej, należy działać. W pewnym momencie swego rozwoju wiedza ta staje się niezrozumiała dla ludzi, którzy nie przeszli odpowiedniego wtajemniczenia (nie mają adekwatnego wykształcenia). Od tego momentu możemy mówić o istnieniu wokół instytucji swoistego dla niej uniwersum sensów, objaśniającego nie tylko ją samą, lecz także całą rzeczywistość. Konstytuuje ono nie tylko realność instytucji w danej jej formie, ale i realność świata z punktu widzenia właściwego tej instytucji. Ponieważ rzeczywistość jest postrzegana tylko poprzez jakąś strukturę pojęciową, jakieś uniwersum sensów, więc można w skrócie powiedzieć, że ludzie zaangażowani w określoną instytucję żyją we właściwej jej rzeczywistości instytucjonalnej. Świat kultury okazuje się w istocie strukturą „równoprawnych” rzeczywistości instytucjonalnych,

---

<sup>6</sup> Inspirujące ujęcie tego procesu z punktu widzenia filozofii transcendentalistycznej zawierają prace M.J. Siemka, np.: M.J. Siemek, *Poznanie jako praktyka (prolegomena do przyszłej epistemologii)* [w:] *idem*, (red.) *Marksizm w kulturze filozoficznej XX wieku*, Warszawa 1988.

<sup>7</sup> Opisując zjawisko instytucjonalizacji kieruje się koncepcją teoretyczną przedstawioną w: P.L. Berger, T. Luckmann, *Społeczne tworzenie rzeczywistości*, Warszawa 1983.

<sup>8</sup> Typyfikację w tym ujęciu można chyba zinterpretować jako konsekwencję działania tzw. schematów poznawczych badanych przez psychologię kognitywną (o schematach poznawczych np.: J. Trzebiński, *Rola schematów poznawczych w zachowaniach społecznych* [w:] M. Lewicka, J. Trzebiński (red.), *Psychologia postrzegania społecznego*, Warszawa 1985, s. 257–262; K. Najder, *Schematy poznawcze* [w:] M. Materska, T. Tyszką (red.), *Psychologia i poznanie*, Warszawa 1992, s. 38–60).

z których żadna nie jest bardziej prawomocna od pozostałych. Wytwarzane instytucjonalnie światy są jedynymi i równoprawnymi rzeczywistościami, w jakich żyjemy. Z tego punktu widzenia nie istnieje żaden świat „sam w sobie”, świat „naprawdę rzeczywiście istniejący”, którego zafalszowanym lub skrzywionym ideologicznie obrazem byłyby tamte światy. Wspólna rzeczywistość konstruuje się nie w poznaniu, lecz w praktycznej, zinstytucjonalizowanej kooperacji.

Instytucje zapewniają trwałość społeczeństwu, organizując aktywność ludzką w dziedzinach fundamentalnych dla jego istnienia, takich jak rozrodczość, obronność, rozwiązywanie konfliktów czy alokacja dóbr. Z punktu widzenia jednostek instytucje są tworam i obiektywnymi i ponadczasowymi (istniały przed jednostką i będą istnieć po jej odejściu) i jako takie dostarczają im obiektywnie ważnych wzorców postępowania i wartości. Poprzez konstrukcję zinstytucjonalizowanych ideałów kształtują one nasze osobowości, tworząc nas jako podmioty. My sami także zatem jesteśmy produktami instytucji. W ten właśnie sposób ujmowany jest człowiek w oryginalnej antropologii A. Gehlena<sup>9</sup>. Wskazywał on, że rzeczy wokół nas nie są nam dostępne „w sobie”. Zwracamy się ku nim przy okazji podejmowania rozmaitych działań w zróżnicowanych polach aktywności i zawsze tworzymy tylko obrazy „dla nas”, uwikłane w opanowywanie rozmaitych fragmentów świata, w którym żyjemy. Mnogość rzeczy i czynności prowadzi do wygenerowania w ten sposób świata „dla nas”, wieloznacznego i szalenie skomplikowanego. Praktycznie każdy moment bytu wokół nas może być zinterpretowany na nieskończenie wiele sposobów. Taki najbardziej pierwotny i nieuporządkowany obraz społecznie wygenerowanej rzeczywistości odnajdujemy w dziwacznych i śmiesznych pytaniach dzieci, które na początku swej życiowej drogi są zdane jedynie na własną intuicję w nadawaniu znaczeń elementom swego otoczenia. Wprowadzanie człowieka w dorosłe życie polega w znacznej mierze na porządkowaniu i upraszczaniu otaczającego go świata, na wpajaniu mu jedynie wartościowego „dojrzałego” obrazu rzeczywistości, który zarazem jest jedynym jej obrazem godnym naszego badawczego zainteresowania. Obraz ten powstaje dzięki wytworzeniu w instytucjach symbolicznych form postrzegania, które poprzez typyfikację „odciążają” (takiego terminu żywa Gehlen) nasz proces poznawczy.

Odciażając naszą aktywność poznawczą i praktyczną, instytucje dają nam poczucie pewności i orientacji w otaczającym nas świecie. Dzięki zaakcentowaniu instytucjonalnego aspektu ludzkiej egzystencji antropologia Gehlena wykracza przeciwko schematom kartezjanizmu, bowiem *cogito* traci tu swą pierwotność, a staje się jedynie następstwem i wyrazem działania instytucji. Istnieje jako byt wtórny, podporządkowany i zrozumiały tylko w kontekście społecznej całości. Trudno w tej sytuacji traktować instytucje jako byt zewnętrzny wobec podmiotu, a podmiot – jako zewnętrzny wobec instytucji. W istocie podmiot istnieje w instytucjach (i tylko o tyle, o ile mu na to instytucje pozwalają), instytucje zaś manifestują swe istnienie poprzez to, co przyzwyczailiśmy się nazywać podmiotem.

Następstwem naszego istnienia w instytucjach jest tzw. imperatyw instytucjonalny<sup>10</sup>. To zjawisko polegające na odczuwaniu przez aktora przymusu zachowania

<sup>9</sup> A. Gehlen, *W kręgu antropologii i psychologii społecznej*. Studia, Warszawa 2001, s. 61 i n.

<sup>10</sup> P.L. Berger, *Zaproszenie do socjologii*, Warszawa 1988, s. 94 i nast.

wania się w określony sposób, które Berger porównuje z przymusem generowanym przez zwierzęce instynkty. Oto nasza wiedza z zakresu swoistej „komparatystyki kulturowej” uczy nas, że istnieje wiele sposobów zachowania się ludzi w określonych sytuacjach, z których każdy jest w równym stopniu „nienaturalny”, bo w całości ukształtowany przez kulturę. Ludzie znają zatem wiele sposobów na małżeństwo, rodzinę, gospodarowanie, sprawowanie władzy i wymierzanie sprawiedliwości. Ale w każdym kręgu kulturowym tylko jeden z tych wielu równoprawnych – z punktu widzenia ludzkiej natury – sposobów zachowania uznawany jest za „normalny”, pozostałe zaś są co najmniej dziwaczne, jeśli nie niemoralne. Instytucje mówią nam nie tylko, jak działać, ale i po co – wskazują nam cele godne osiągnięcia w życiu i racjonalne (z wersji *Zweck-* lub *Wertrazionalität*) drogi do ich realizacji. W ten właśnie sposób instytucje „odciążają” nas, uwalniając nie tylko od rozterek moralnych (jakie działanie jest właściwe), ale i poznawczych (co jest prawdą, a co nie). W ten sam sposób kreują nas jako podmioty aktywne w instytucjonalnych rzeczywistościach.

Umieszczenie ludzkiej aktywności w instytucjonalnym kontekście wymusza zmianę ujmowania problematyki teoriopoznawczej. Pojawiają się tu nowe problemy filozoficzne. Dawniej dyskusją o prawomocności poznania rządziła opozycja „realizm – idealizm” (czy – w kwestiach języka – „realizm – antyrealizm”). Obie strony sporu zakładały jednak wspólnie, że osią problemu prawomocności wiedzy jest zagadnienie reprezentacji świata w poznaniu. Rozwinięty interpretacjonizm, kwestionujący podstawowe tezy kartezjańskiego kogitacjonizmu stanowi opozycję dla obu stron, usuwając na bok problematykę reprezentacji<sup>11</sup>. Staje się ona nieadekwatna wobec uchylecia podstawowej dla kartezjanizmu opozycji pomiędzy podmiotem i przedmiotem poznania. Nasza wiedza nie jest już legitymowana korespondencyjnie, lecz uzyskuje uzasadnienie w kategoriach niereferencjalnych (takich jak etnocentryzm w niewartościującej wersji Roty’ego) i pozapoznawczych (jak instytucja społeczna i struktura instytucjonalna społeczeństwa). Analiza społecznego procesu kreowania realności przedmiotów pokazuje przy tym, że podział pracy i instytucjonalizacja struktur działań społecznych prowadzi do sytuacji, w której rzeczywistość okazuje się w istocie strukturą złożoną z rozmaitych subrzeczywistości, kreowanych przez instytucje społeczne. Najbardziej złożone instytucje produkują uniwersa sensów zdolne zinterpretować cały społeczny świat, w tym także inne instytucje i generowane w nich subrzeczywistości. Następstwem tego jest sytuacja, w której dysponujemy wieloma, niekiedy konkurencyjnymi, wzorcami poznania otaczającego nas świata, zorientowanymi – parafrazując Rorty’ego – „technocentrycznie”, „religiocentrycznie”, „politykocentrycznie”, „gospodarczocentrycznie” itd. Zapewne to właśnie ta wielość uzasadnionych referencjalności jawi się postmodernistom – w istocie ukształtowanym przez „modernistyczny *a contrario*” obraz świata – jako kryzys referencjalności<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Chodzi tu o tzw. „antyreprezentacjonizm” (R. Rorty, *Obiektywność, relatywizm i prawda. Pisma filozoficzne*, t. 1, Warszawa 1999, s. 11).

<sup>12</sup> Kryzys referencjalności jako cechę charakterystyczną postmodernizmu omawia B. Smart, *Postmodernizm*, Poznań 1998, s. 31–32.

## II

Interpretacjonizm ma znaczące konsekwencje dla epistemologicznej charakterystyki prawoznawstwa w ogóle i refleksji teoretycznoprawnej w szczególności. Punktem wyjścia w ich analizie jest dla mnie powszechnie akceptowana teza Harta o możliwości spojrzenia na prawo z zewnętrznego lub wewnętrznego punktu widzenia. Odniesienie tej tezy do socjologicznych koncepcji instytucjonalizacji i kreowania wewnątrzinstytucjonalnych rzeczywistości nie jest jednak jednoznaczne. Teoretycznie możliwe (i przez wielu akceptowane) jest uznanie zewnętrznego punktu widzenia za „akulturowy”, czysto obserwacyjny, zaś wewnętrznego – za „ogólnospołeczny”. Taka interpretacja wydaje mi się jednak nie do pogodzenia z niektórymi wypowiedziami samego Harta, z faktem, że jego koncepcja prawa musi milcząco zakładać instytucjonalizację procesów tworzenia i stosowania prawa, wreszcie z tym, że dość powszechnie przypisuje się wewnętrznej perspektywie poznawczej pewną funkcję ontologiczną. Oba punkty widzenia, wewnętrzny i zewnętrzny, należy więc uznać za perspektywy kulturowe, rozumiejące<sup>13</sup>.

Jeżeli społeczne istnienie prawa oparte jest na funkcjonowaniu pewnej struktury instytucjonalnej w przytoczonym wyżej znaczeniu, to można także założyć, że istnieje wytworzone przez tę strukturę uniwersum sensów pozwalających aktorom działającym w określonej instytucji zinterpretować cały – także pozainstytucjonalny – świat wokół nich. Podstawową formą tej interpretacji jest selekcja przedmiotów na realne i ulotne, istniejące obiektywnie i subiektywnie, stawiające „twardy” opór naszej aktywności i poddające się jej, jeżeli tylko znamy właściwe sposoby postępowania z nimi. W takiej pierwotnej preinterpretacji realizuje się ontologiczna funkcja wewnętrznego punktu widzenia. Ustanowione zostają w niej specyficzne dla prawników toposy, wyznaczające granice i formę świata rzeczywistego, stanowiącego podstawę dalszej aktywności poznawczej i/lub argumentacyjnej.

Jest rzeczą oczywistą, że doktryna i dogmatyka są związane z wewnętrzną perspektywą poznawczą. Epistemologiczna sytuacja ogólnej nauki o prawie – w skrócie: teorii prawa – jest już jednak odmienna. Ze swej natury musi ona wyjść poza ściśle wewnątrzinstytucjonalne praktyki, aby je uogólnić i wyjaśnić, czyli – w przyjętym tu języku teoretycznym – uprawomocnić je jako jedynie racjonalne. Uprawomocnienie takie musi być oparte na oddzieleniu od siebie tego, co z punktu widzenia określonej praktyki uznawać za rzeczywiste, od tego, co takiego przymiotu nie posiada. Z tego punktu widzenia wyróżniam dwa sposoby uprawiania teorii. Pierwszy z nich określam jako wewnętrzny lub inaczej autonomiczny, ponieważ punktem wyjścia jest dla niego rzeczywistość ukształtowana w obrębie społecznej struktury instytucjonalnej prawa. Ale działania prawników można także interpretować, kierując się uniwersami sensów ukształtowanymi w innych strukturach instytucjonalnych. Tego rodzaju ujęcie było zwłaszcza po-

---

<sup>13</sup> Szerzej na ten temat: A. Kozak, *Granice prawniczej władzy dyskrecjonalnej*, Wrocław 2002, s. 52 i nast.

pularne wśród autorów inspirowanych naturalistyczną – by nie rzec: scjencystyczną – wizją nauki, próbujących zrealizować postulat jej metodologicznej jedności<sup>14</sup>. Wiedzę teoretyczną opartą na takiej procedurze badawczej określam jako zewnętrzną albo inaczej integracyjną. Jej cechą charakterystyczną jest próba potraktowania prawa jako szczególnego przypadku innego zjawiska i opisanie praktyki prawniczej w obcych jej kategoriach. Zawsze musi się to łączyć z zakwestionowaniem instytucjonalnej rzeczywistości, w której działają prawnicy<sup>15</sup>. Z pewnego punktu widzenia nie jest istotne, czy redukuje się w ten sposób realność prawa do jednej realności innego typu (np. do świata polityki), czy też do wielu realności różnych typów (np. w koncepcji wielopłaszczyznowości lub wieloaspektowości prawa).

Od integracji zewnętrznej w wyżej przedstawionym – redukcjonistycznym – znaczeniu należy odróżnić zwyczajną w nauce wymianę idei pomiędzy różnymi dyscyplinami wiedzy i nurtami teoretycznymi<sup>16</sup>. Prawoznawstwo rozwija się w wyznaczonym historycznie kontekście intelektualnym, czerpiąc z niego inspirację i zapożyczając idee. Od ponad stu lat coraz istotniejszym elementem tego kontekstu staje się interpretacjonistyczna tradycja teoretyczna. Ze względu na jej wzrastającą rolę istotne jest rozstrzygnięcie, czy stymuluje ona w prawoznawstwie wewnętrzną, czy raczej zewnętrzną perspektywę poznawczą. Czy możemy do niej sięgać po uprawomocnienie naszej aktywności zawodowej i naukowej, czy też raczej inspiruje ona kolejny etap „odczarowania” prawa i „demistyfikacji” tradycyjnych wzorców praktyki prawniczej? Wydaje się, że jej rola w myśleniu prawniczym nie jest jednorodna. Można sformułować trzy typy idealne praktyki prawniczej, z których każdy opiera się na odmiennych założeniach teoretycznych co do realności fragmentów otaczającego nas świata. Modele owej praktyki określam kolejno terminami: „klasyczny”, „nowoczesny” i „jurscentryczny”<sup>17</sup>. Ich założenia analizuję poniżej przy użyciu interpretacjonistycznej aparatury kategoryalnej, kładąc szczególny nacisk na odpowiedź na jedno pytanie: „czy badaną praktykę można – ze względu na legitymującą ją wiedzę teoretyczną – uznać za autonomiczną, czy też za zintegrowaną z jakimś innym, pozaprawniczym uniwersum sensów?”.

### III

W czasach „kartezjańskich” prawnicy podporządkowywali swą aktywność otaczającemu światu na dwa sposoby: pierwotnie uważali, że ich swobodę ogranicza

---

<sup>14</sup> Np. K. Opalek, *Interdyscyplinarne związki prawoznawstwa*, *Studia Filozoficzne* 1985, nr 2–3, s. 17–30.

<sup>15</sup> Szerzej jw.: A. Kozak, *Granice...*, s. 69 i nast.

<sup>16</sup> Niektórzy badacze właśnie w tej wymianie, a nie w kumulatywnym gromadzeniu wiedzy widzą podstawową przyczynę rozwoju nauki (np. L. Fleck, *Powstanie i rozwój faktu naukowego. Wprowadzenie do nauki o stylu myślowym i kolektywie myślowym*, Lublin 1986).

<sup>17</sup> Szczegółowo analizuję te modele w: A. Kozak, *Granice...*, s. 75.

obiektywny język oraz niezależne od prawa i prawodawcy, zewnętrzne nakazy moralne. Aktywność prawniczą skierowaną na tak scharakteryzowaną rzeczywistość instytucjonalną określam terminem „klasyczny model praktyki prawniczej”. Jest on legitymowany tzw. hermeneutyką egzegetyczną i jusnaturalizmem. Hermeneutyka egzegetyczna<sup>18</sup> opiera się na tezie o istnieniu swoiście „obiektywnego” (rzeczywistego) znaczenia zwrotów językowych, dostępnego w procesie interpretacji. Konsekwencją tego rodzaju założeń są zakazy wykładni, które przetrwały do dzisiaj w szczątkowej formie doktryny *claritas*. Hermeneutyka egzegetyczna jest również jednym z elementów legitymujących nowoczesny model praktyki prawniczej. Jej cechą specyficzną w modelu klasycznym jest jednak oparcie znaczenia językowego na potocznych intuicjach znaczeniowych, konstytuujących rzekomo jasność tekstu prawnego i pewność jego stosowania. Odwołanie się do samych tylko słabych, metodologicznych wersji interpretacjonizmu pozwala postawić takiej koncepcji teoretycznej zarzut popełniania dwóch błędów: pierwszy polega na pomijaniu tzw. otwartej tekstowości prawa<sup>19</sup>, drugi na odwoływaniu się do zbyt wyidealizowanego, akontekstowego ujęcia języka. Dziś możemy już być pewni, że elementy świata zewnętrznego uważane za realne przez hermeneutykę egzegetyczną tak naprawdę nie istnieją. Poczucie pewności co do znaczenia zwrotu językowego nie wynika z akontekstowego znaczenia tego zwrotu, lecz zależy od szeregu elementów składających się na społeczny kontekst sytuacji, w której prawnik odczytuje tekst prawny<sup>20</sup>. Teoria pomijająca ten aspekt praktyki prawniczej traci kontrolę nad grupą czynników istotnie wpływających na treść decyzji stosowania prawa. Praktyka prawnicza legitymująca się przez odwołanie do takiej teorii staje się nieautonomiczna wobec niezidentyfikowanych elementów sytuacji interpretacyjnej, mających prawdopodobnie czysto przygodny charakter.

Drugim elementem racjonalizującym i legitymizującym klasyczny model praktyki prawniczej jest jusnaturalizm. Chodzi tu z grubsza o wszelkie nurty zakorzenione w zasadzie *lex iniusta non est lex* i respektujące pogląd, że prawo naturalne wykonuje wobec prawa pozytywnego funkcję walidacyjną. Aby głosić takie poglądy, trzeba przynajmniej milcząco uznawać istnienie prawa natury jako czegoś „bardziej” realnego i obiektywnego niż prawo pozytywne. Społeczne istnienie tego rodzaju jednolitych wzorców moralnych (poza regułami sformułowanymi ogólnikowo i reprezentującymi abstrakcyjną zgodę co do pojęć, a nie sposobów ich użycia) okazuje się jednak trudne do uzasadnienia. Jest tak zwłaszcza w przypadku koncepcji, które po „ostateczną” legitymację sięgają ku społeczeństwem<sup>21</sup>. Z drugiej jednak strony trzeba pamiętać, że mówimy tu o poglądach zakorzenionych genetycznie w społeczeństwach znacznie prostszych niż nasze,

---

<sup>18</sup> Termin zapożyczony z: H. Rabault, *Granice wykładni sędziowskiej*, Warszawa 1997. Jest to kategoria tylko częściowo – by tak rzec – adekwatna do omawianej problematyki, na co zwrócił mi słusznie uwagę prof. J. Stelmach. Pozwalam sobie jednak przy niej pozostać ze względu na potrzebę zgodności terminologii z wielokrotnie tu powoływaną moją pracą *Granice prawniczej władzy dyskrecyjnej*.

<sup>19</sup> H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa 2001, s. 174–175.

<sup>20</sup> Patrz np. F. Studnicki, *O dogmatyce prawa*, „Państwo i Prawo” 1957, nr 7–8, s. 114–125; T. Gizbert-Studnicki, *Język prawny z perspektywy socjolingwistycznej*, Kraków 1986.

<sup>21</sup> Wydaje się, że tak jest w przypadku J. Finnisa (A. Kozak, *Granice...*, s. 88).



o mniej złożonym funkcjonalnym podziale pracy, bardziej tradycyjnych i w większym stopniu opartych na więzi, którą Durkheim określał jako solidarność mechaniczną. Były one znacznie bardziej jednolite wewnętrznie i prawdopodobnie wtedy – inaczej niż dziś – łatwiej można było znaleźć etyczno-obyczajowe centrum, reprezentowane w myśli prawniczej przez pojęcie prawa naturalnego. Społeczeństwa te odczuwały również znacznie boleśniej niż nasze jakiekolwiek odstępstwa od owego centrum, co z kolei manifestowało się w represyjnych systemach prawnych, chętnie korzystających z kary traktowanej jako akt publicznej zemsty na naruszcycielu prawa. Można chyba założyć, że zarzut nieadekwatności jusnaturalizmu do pluralizmu i relatywizmu etycznego realnie istniejących społeczeństw był w tamtych czasach nieuprawniony. Dopiero procesy społeczne zwiastujące nadchodzącą rewolucję przemysłową i towarzyszące jej zmiany społeczne stworzyły warunki dla jego postawienia.

Ogólnie rzecz biorąc, wydaje się prawdopodobne, że spór pomiędzy jusnaturalistami i przedstawicielami innych nurtów teoretycznych wygasa. Dzieje się tak m.in. w następstwie postępującej jurydyzacji (choć niekoniecznie pozytywizacji) niektórych kategorii etycznych w takich, jak „minimum prawa natury” Harta czy „wewnętrzna moralność prawa” Fullera. Proces ten manifestuje się również poprzez wpływ, jaki na konstytucjonalizm współczesnych państw demokratycznych wywiera ideologia praw człowieka. Tego rodzaju kategorie nie reprezentują już walidacyjnego związku pomiędzy prawem i jakimiś zewnętrznymi systemami aksjologicznymi i/lub normatywnymi. Stały się one integralnymi elementami współczesnych systemów prawnych i są postrzegane jako realne tylko z wewnętrznej perspektywy poznawczej. Stanowią teraz autonomiczną – do pewnego, dyskusyjnego, stopnia – treść aksjologiczną prawa i „immunizują” je na ponawiane wciąż próby wypełniania prawa treściami produkowanymi w innych strukturach instytucjonalnych.

Jak wspominałem wyżej, zmiany społeczne, zachodzące od przełomu XVIII i XIX wieku, wymusiły zmianę koncepcji prawa i praktyki prawniczej. Komplikująca się struktura funkcjonalnych powiązań powodowała, że społeczeństwa w coraz mniejszym stopniu opierały się na mechanicznej solidarności, a w coraz większym – na solidarności organicznej. Odpowiednio zmieniały się systemy prawne: spadała ranga sankcji typowo represyjnych, a wzrastała rola gałęzi prawa zmierzających przede wszystkim do restytucji porządku zakłóconego działaniem niezgodnym z prawem. Zmiany te dotknęły nawet prawo karne, tradycyjnie uważane za paradygmatyczny przykład prawa represyjnego. M. Foucault pokazuje, jak po wielkich kodyfikacjach XVIII i XIX wieku sądy przestają być organami wymiaru sprawiedliwości w dawnym rozumieniu tego słowa, a zaczynają się zajmować pracą socjalną nad skazanym, jego reedukacją i przywróceniem społeczeństwu<sup>22</sup>.

W nowych warunkach prawnicy zaczęli uważać – wciąż w ramach kartezjańskiego obrazu świata – że granice ich aktywności są wyznaczone przez obiektywne znaczenie językowe tekstu oraz przez wolę prawodawcy lub – bezpośrednio – ideologię polityczną realizowaną w aktach prawotwórczych. Aktywność prawni-

---

<sup>22</sup> M. Foucault, *Nadzorować i karać. Narodziny więzienia*, Warszawa 1998, s. 23–24.

czą skierowaną na tak określoną rzeczywistość instytucjonalną określam terminem „nowoczesny model praktyki prawniczej”. Ogólnie rzecz biorąc, jest on w oczywisty sposób związany z „modernistyczną” formacją intelektualną, skoncentrowaną wokół kategorii porządku i sterowania<sup>23</sup>. Zamiar prawodawcy i/lub szeroko rozumiane społeczne cele prawa stają się w tym modelu elementami zewnętrznymi wobec prawnika, a więc – z jego punktu widzenia – obiektywnymi i stawiającymi opór jego aktywności interpretacyjnej. Model ten występuje jednak w dwóch wersjach: represywnej, powiązanej z tradycyjnym pozytywizmem, oraz responsywnej, o znacznie bardziej skomplikowanym tle teoretycznym<sup>24</sup>. Model represywny kładzie nacisk na realizację woli prawodawcy, model responsywny natomiast przesuwą część odpowiedzialności za realizację społecznych celów prawa na prawnika i można go chyba uznać za pierwszy wyraźny przejaw wpływu tradycji interpretacjonistycznej na myśl prawniczą.

Pogląd, zgodnie z którym prawnik może poznawać i powinien realizować zamiar prawodawcy, nazywam intencjonalizmem<sup>25</sup>. Przedstawia on relację „prawnik – prawodawca” jako swoisty rodzaj sytuacji komunikacyjnej, w której autor tekstu prawnego przekazuje adresatom i podmiotom mającym go stosować swoje intencje co do oczekiwanych sposobów ich zachowania. Poglądy tego rodzaju są na ogół, także w naszej literaturze, krytykowane głównie poprzez destrukcję pojęcia „prawodawcy”, dla którego w zwykłej sytuacji stosowania prawa często nie sposób wskazać dobrego ekwiwalentu empirycznego. Tego rodzaju ujęcia rodzaju jednak wśród modernistycznie nastawionych prawników tendencję do konstruowania warunków, po których spełnieniu prawodawca i jego wola mogłyby jednak być, choćby w ograniczonym stopniu, identyfikowalne dla prawników. Interpretacjonistyczna analiza relacji „prawnik – prawodawca” każe jednak odrzucić nieodzowną dla takich poglądów tezę, że relacja ta ma charakter komunikacyjny. Jeżeli paradygmatem komunikacji jest rozmowa, w której strony działają w przynajmniej częściowo tożsamym kontekście sytuacyjnym, mogą wymieniać opinie i w bezpośrednim kontakcie przewyżczać dokonywane wzajemnie typifikacje; jeżeli – powtarzam – przyjąć te wszystkie założenia, to prawnik nie ma możliwości komunikowania się z prawodawcą. Ich wzajemna relacja dokonuje się zupełnie inaczej: realny autor prawa współtworzy tekst prawa obowiązującego, który dociera do prawnika jako artefakt domagający się przypisania mu znaczenia. Autora i czytelnika tekstu łączy relacja interpretacji, a nie komunikacji. W relacji tej autor występuje jedynie jako kategoria zakładana przez czytelnika, nigdy natomiast jako realny podmiot, mogący komunikować swoje intencje pozostałym uczestnikom rozmowy<sup>26</sup>. Interpretacjonizm prowadzi więc do zakwestio-

---

<sup>23</sup> O związkach pomiędzy modernizmem i instrumentalną koncepcją prawa wielokrotnie pisał L. Morawski (np. *idem*, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 1999, s. 39 i nast.).

<sup>24</sup> Określenia „represywny” i „responsywny” pochodzą od Ph. Noneta i Ph. Selznicka, a przytaczam je za: E. Kustra, *Współczesne próby przewyżczenia antynomii pozytywizmu prawniczego oraz prawa natury w wyjaśnianiu idei prawa* [w:] *Teoria prawa. Filozofia prawa. Współczesne prawo i prawoznawstwo*, Toruń 1998, s. 111–121.

<sup>25</sup> A. Marmor, *Interpretation And Legal Theory*, Oxford 1992, s. 155 i nast.

<sup>26</sup> Szerzej: A. Kozak, *Granice...*, s. 115 i nast.

nowania „obiektywnego” wobec prawnika bytu intencji prawodawcy oraz do postawienia nienowej w naszej literaturze tezy o tym, że za autorem tekstu w procesie jego interpretacji ukrywa się *de facto* czytający ten tekst prawnik.

Przemiany kontekstu społecznego i intelektualnego spowodowały, że jeszcze w XIX wieku zmianie uległ nowoczesny model praktyki prawniczej. Hermeneutyka egzegetyczna ustąpiła miejsca tzw. hermeneutyce swobodnej, zaś represyjny model prawa został zastąpiony przez responsywny. Nowy nurt przejawia się w pracach F. Géný’ego, nawołującego do odwrótu od logiki ku naukom „obserwującym, analizującym, tłumaczącym całe życie społeczne”<sup>27</sup>, w Iheringa koncepcji jurysprudencji interesów<sup>28</sup>, w socjologizmie E. Ehrliha<sup>29</sup>. Ten nowy sposób myślenia o prawie różni się od dotychczasowego uznaniem, iż ustawa jest tylko jednym z wielu źródeł prawa, oraz zmianą sposobu legitymacji prawa; tym samym trudna niekiedy do identyfikacji wola ustawodawcy przestaje być dla sędziego jedynym układem odniesienia przy interpretacji prawa. Zmienia się też rola samego sędziego. W modelu klasycznym i nowoczesnym szuka się instrumentów chroniących obywatela przed jego samowolą. W nowej formacji intelektualnej to sędzia staje się instrumentem ochrony obywatela przed samowolą ustawodawcy. Narzędziem w ręku sędziego jest prawo, oderwane już od tekstu, stanowiące byt samodzielny o kulturowym charakterze, lecz za to uwikłane beznadziejnie w kontekst funkcjonalny<sup>30</sup>. Dość wyraźnie stawia się tu przed prawnikami zadanie realizacji ideałów moralnych i/lub społecznych mających wobec prawa zewnętrzny charakter<sup>31</sup>. Pełna wiedza społeczna ma być gwarancją apolityczności sędziego<sup>32</sup>. Wspólny intelektualny fundament nowoczesnego modelu praktyki prawniczej i responsywnej koncepcji prawa wyraża się w tym, że i tu, i tu praktyka prawnicza pojmowana jest jako realizująca jakiś cel. To, że raz tym celem jest ideał polityczny, raz – moralny, to że raz tę praktykę przedstawia się jako element socjotechniki, raz natomiast jako część edukacji moralnej społeczeństwa – wszystkie te różnice nie muszą mieć znaczenia z pewnej perspektywy<sup>33</sup>. Tak czy

---

<sup>27</sup> Cyt. za: A. Peretiatkowicz, *Prąd nowy w prawoznawstwie (ustawa a sędzia)*, wyd. III, Poznań 1921, s. 17.

<sup>28</sup> Ph. Heck, *Jurysprudencja interesów* [w:] K. Lutostański (red.), *O metodzie wykładni prawa*, Warszawa bez roku wydania, s. 61–99.

<sup>29</sup> O polemice Ehrlicha z pozytywizmem: R. Cotterrell, *The Sociology Of Law: An Introduction*, (sec. ed.), London 1992, s. 25 i nast.

<sup>30</sup> H. Rabault, *Granice...*, s. 10–14.

<sup>31</sup> Np. „wola narodu” w (krytycznym) ujęciu Radbrucha: G. Radbruch, *Pięć minut filozofii prawa*, „Colloquia Communia”, 1988, nr 6–1989, nr 1, s. 61. Niedalekim echem takich poglądów jest wyrażany współcześnie postulat, by sędziowie uczestniczyli w procesie transformacji ustrojowej poprzez szersze stosowanie metod systemowych i funkcjonalnych wykładni (E. Łętowska, *Wykładnia operacyjna a transformacja prawa*, *Studia Juridica*, 1994, XXI, s. 15–25).

<sup>32</sup> Kantorowicz, *Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906, s. 46 (za: A. Peretiatkowicz, *Prąd nowy...*, s. 23).

<sup>33</sup> Dlatego właśnie nie traktuję wzrostu rangi wykładni funkcjonalnej jako przejawu zwiększania się zakresu władzy dyskrecyjnej sędziów (inaczej uważa L. Morawski, *Precedens a wykładnia*, „Państwo i Prawo”, 1996, nr 10, s. 11). W mojej opinii sędzia odwołujący się do politycznego ideału w akcie funkcjonalnej interpretacji tekstu wcale nie egzekwuje **swojej** wła-

inaczej są to operacje uwikłane w weberowską *Zweckrationalität*<sup>34</sup>, uznawaną za istotny element modernistycznej formacji intelektualnej.

Integrując stosowanie prawa z różnymi ideologiami społecznymi, model responsywny prawa kształtuje nowocześnie pojmowany związek pomiędzy prawem i polityką. Polityka służy w tym modelu do rozwiązywania dwójakiego rodzaju problemów. Po pierwsze jest ona – w formie ideologii demokratycznej – wykorzystywana jako ostateczne uzasadnienie porządku prawnego, po drugie natomiast wypełnia pustkę pozostawioną w strukturze myślenia prawniczego przez ideę obiektywnego znaczenia językowego, odrzuconego wraz z ewidentnie błędną hermeneutyką egzegetyczną. Wykorzystywanie polityki, zwłaszcza w tym drugim przypadku, należy ocenić jako nieusprawiedliwione aksjologicznie (bo ogranicza autonomię prawa) i niepotrzebne praktyce prawniczej, która dysponuje instytucjonalnymi mechanizmami wypracowywania jednolitego i przewidywalnego orzecznictwa.

We współczesnej filozofii popularność zdobywają antykartezjańskie nurty podkreślające interaktywny i kreatywny charakter poznania i traktujące rzeczywistość kultury jako formę istnienia oraz działania podmiotu. Szczególną pozycję wśród nich odgrywa postmodernizm. W koncepcjach tego rodzaju zachwiana została równowaga kartezjańskiego schematu: tam istniały dwa niezależne względem siebie porządki. Tu jest tylko jeden porządek „niepodległy” – *cogito*, zaś rzeczywistość ten przymiot traci. Pod wpływem tego rodzaju poglądów prawnicy zaczynają postrzegać swoją sytuację jako sytuację wolności, a nie związania. Państwo staje się własnością sędziów, którzy już nie wymierzają sprawiedliwości według wskazania ustawy, lecz dysponują władzą przypisywania znaczeń ustawie<sup>35</sup>. W tradycyjnych modelach praktyki prawniczej prawnik, pojmowany jako kartezjański, autonomiczny *cogito*, był ograniczany w swej aktywności albo realnością zewnętrznego świata kultury (np. reguły języka czy zasady moralne), albo wolą innego, uprzywilejowanego *cogito* (suwerena). Niedokończenie przewrotu kartezjańskiego polega na demontażu obiektywności świata kultury oraz „uśmierceniu” *cogito* w roli autora tekstu. *Cogito* w roli interpretującego tekst i podejmującego decyzje prawnika ma się wciąż dobrze i szuka dobrego uzasadnienia dla uzyskanej wolności.

Uzasadnienia takiego dostarczają zwłaszcza postmodernistyczne koncepcje interpretacji. Postmodernistyczna wersja interpretacjonizmu demoluje wszystkie tradycyjne „archimedeeskie punkty podparcia”, z których korzystała do tej pory praktyka prawnicza w swej działalności. W proponowanych przez nią kategoriach nie da się skutecznie legitymować ani monocentrycznego ładu (moralnego i/lub politycznego), ani właściwego znaczenia tekstu. Brak wspólnego „centrum” naraża stabilność prawa. Ustawa staje się czymś na kształt pudełka czekoladek

---

dzy, lecz działa w interesie politycznego centrum. Mówiąc inaczej – uczestniczy w procesie zarządzania, a nie wymierzania sprawiedliwości.

<sup>34</sup> O relacjach pomiędzy racjonalnością skierowaną celowościowo i aksjologicznie pisałem już w: A. Kozak, *Instrumentalność i instrumentalizacja prawa* [w:] A. Kozak (red.), *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Instrumentalizacja prawa*, Wrocław 2000, s. 99 i n.

<sup>35</sup> Np. opinia Ch. Hughesa, jednego z przewodniczących Sądu Najwyższego USA: „My podlegamy Konstytucji, ale Konstytucja jest tym, za co sędziowie ją uważają” (za: B. Banaszak, A. Preisner, *Prawo konstytucyjne. Wprowadzenie*, Wrocław 1996, s. 202).

mamusi Forresta Gumpa – pudełka, „z którego nigdy nie wiadomo, co się wyciągnie”<sup>36</sup>. Praktyka prawnicza, uwolniona od „punktów podparcia” stawiających jej do tej pory opór, zdaje się uzyskiwać szeroką wolność czynienia sprawiedliwości. Jest to obraz i nieprawdziwy, i niebezpieczny. Nieprawdziwy – bo w miejsce punktów podparcia zdemolowanych przez niedokończoną, postmodernistyczną rewolucję antykartezjańską wchodzi nowe, wolność jest więc złudna. Niebezpieczny – ponieważ te nowe punkty oparcia znajdują się poza kontrolą myśli prawniczej. Rezygnując z legitymowania właściwych prawu tradycyjnych wyznaczników prawniczej praktyki, stajemy się otwarci na uniwersalistyczne pretensje ideologii politycznych, systemów moralnych produkowanych przez różne instytucje społeczne i wreszcie zwykłych nonsensów świadomości potocznej, przechowującej artefakty pamiętające czasy społeczeństw skonstruowanych wokół solidarności mechanicznej<sup>37</sup>.

#### IV

Niedokończony przewrót antykartezjański (swoiście „nierozwinięty” interpretacjonizm) zakłócił właściwą kartezjanizmowi równowagę pomiędzy aktorem a przedmiotem jego aktywności. Tymczasem wiele wskazuje na to, że równowaga ta jest prawu niezbędna, by mogło ono wykonywać swe funkcje w chaosie społeczeństwa postindustrialnego. W tym organizmie zróżnicowanym wewnątrznie w niespotykanym dotąd stopniu, potrzebny jest wspólny wszystkim podmiotom język komunikacji, jednolity system normatywny, mogący służyć wszystkim podmiotom społecznym jako język artykulacji ich interesów. Tylko prawo spełnia te wymogi. Prawo staje się formą społecznego dyskursu, w którym wszyscy jego uczestnicy są równi, bytem niezależnym od uczestników społecznego procesu komunikacji, ucieleśnionym właśnie w praktyce prawniczej. Pojawia się sposób myślenia o prawie, który L. Morawski określa jako „konceptję prawa jako rozmowy”<sup>38</sup> w wersji systemowej i komunikacyjnej. Aby tę metaforę w pełni wykorzystać, zaznaczyłbym jedynie, że w mojej opinii prawo nie jest – ściśle rzecz biorąc – samą rozmową (użyciem języka), lecz właśnie językiem; systemem dyrektyw regulujących rozmowę. Jeżeli jednak istotnie prawo ma być językiem, w którym komunikujemy się ze sobą i negocjujemy swoje wzajemnie niezgodne interesy, to stosowanie prawa nie może być racjonalizowane w kategoriach swobodnej hermeneutyki. Język spełnia swe funkcje komunikacyjne i jest instrumentem naszej wolności tylko dzięki temu, że reguły tego języka są stosunkowo sztywne. Innymi słowy: mogę komunikować za pomocą języka co chcę, tylko dzięki temu,

---

<sup>36</sup> „(...) a postmodern perspective cells into question the distinction between what is in the Constitution and what is not in it (...) J.M. Balkin, *Constitution As A Chocolate Box*, 12 „Const. Commentary” 1995, 147.

<sup>37</sup> Roszczenia tego rodzaju ilustrują np. L.A. Casey, & D.B. Jr., Rivkin, *Devil's Advocates*, „Policy Review”, 2002, No. 111 (February & March).

<sup>38</sup> L. Morawski, *Główne...*, s. 41.

że nie mogę kształtować reguł tego języka, jak chcę. W przeciwnym przypadku proces komunikacji byłby po prostu niemożliwy. Analogicznie rzecz ma się i z prawem: może być ono instrumentem realizacji mojej wolności tylko wówczas, jeżeli nie będę wolny w kształtowaniu jego reguł. Gdzieś muszą istnieć granice aktywnego stosunku do interpretacji prawa, w przeciwnym razie strony sporu sądowego nie znajdą wspólnego języka pozwalającego na rozstrzygnięcie go metodami niesiłowymi. By prawo mogło działać w ten sposób, niezbędna mu jest jakaś forma przedmiotowości.

Ugruntować tę przedmiotowość, czyli inaczej mówiąc – przywrócić równowagę pomiędzy aktorem i przedmiotem jego działania – można obecnie tylko w jeden sposób: trzeba pozbyć się *cogito* i ostatecznie obalić kartezjański dualizm. Istnienie świata kultury oparte jest na instytucjach kreujących zarówno rzeczywistość, jak i poznających ją aktorów. Prawnik nie jest samodzielnym poznawcą *cogito*, lecz wychowankiem instytucji. Z jego – ukształtowanego przez instytucje – punktu widzenia prawo przysługuje byt przedmiotowy także w sferze wartości. Oferuje ono wiele własnych rozwiązań dla problemów, takich jak sprawiedliwość, odpowiedzialność, konsekwencje moralne działań itp., i samo potrafi stawić opór prawniczej aktywności. Model praktyki prawniczej kierującej się takim pojęciem prawa określam jako juryscentryczny.

Z teoriopoznawczego punktu widzenia podstawowa różnica pomiędzy tym modelem a prezentowanymi do tej pory polega na tym, że dla modeli: klasycznego i nowoczesnego interpretacjonizm jest elementem teorii „zewnątrznej”. Prowadzi on tu do destrukcji kategorii reprezentujących – z perspektywy tych modeli – realność świata otaczającego prawnika. W nurtach myśli prawniczej inspirowanych postmodernizmem owocuje to delegitymizacją podstawowych wartości kształtujących praktykę prawniczą, takich jak stałość prawa i przewidywalność orzecznictwa. Dla modelu juryscentrycznego interpretacjonizm staje się natomiast elementem teorii „wewnętrznej”. Ma on w tej roli „uprawomocnić” realność rzeczywistości wewnątrzinstytucjonalnej, w której działa prawnik i która – dzięki temu uprawomocnieniu – może stawiać opór ewentualnej samowoli prawnika.

Kategorię „rzeczywistość wewnątrzinstytucjonalna” przywołuję przede wszystkim w związku ze sporem o prawniczą władzę dyskrecjonalną. Ton owemu sporowi nadaje polemika pomiędzy Hartem (legitymizującym prawniczą władzę dyskrecjonalną przez wykazanie, że w wielu przypadkach stosowania prawa istnieje więcej niż jedno dopuszczalne rozstrzygnięcie) a Dworkinem stojącym na stanowisku tzw. wewnętrznego sceptycyzmu norm, zgodnie z którym dla każdego przypadku istnieje tylko jedno właściwe rozwiązanie. Pomimo różnic dzielących obu autorów, można jednak – jak się zdaje – znaleźć wspólne im poglądy. Z jednej strony dotyczy to roli niepisanych reguł prawnych („zasad” w terminologii Dworkina, „standardów” u Harta), dookreślających prawo pozytywne w procesie jego stosowania, z drugiej natomiast – roli jaką w procesie stosowania prawa odgrywa wewnętrzny punkt widzenia (u Dworkina sprowadzony do wewnętrznego sceptycyzmu norm)<sup>39</sup>. Owa wewnętrzna perspektywa poznawcza łączy się z preinter-

---

<sup>39</sup> A. Boon Leong Phang, *Jurisprudential Oaks From Mythical Acorns: The Hart-Dworkin Debate Revisited*, „Ratio Juris”, vol, 3, No, 3. 1990, XII, s. 385 i nast.

pretacją świata i rozszczępieniem go na to, co obiektywne i nieobiektywne. Tworzy się w ten sposób środowisko działania prawniczego, niezależne od woli aktora. W takim zakresie, w jakim prawnik działa, poddając się ograniczeniom wewnątrzinstytucjonalnej rzeczywistości, nie można uznawać jego zachowań za wolne, a co za tym idzie – władcze wobec innych uczestników obrotu prawnego. W wielu przypadkach prawnik nie dysponuje żadną swobodą wyboru co do podjęcia takiej czy innej decyzji. Jego sytuacja może jednak wyglądać zupełnie inaczej z perspektywy zewnętrznej, gdy spoglądamy na prawo z „okien” kościoła czy banku. Aktorzy działający w innych instytucjach odczuwają opór rzeczywistości nie tam gdzie prawnicy i odwrotnie – nie rozumieją, dlaczego prawnicy powstrzymują się przed działaniami, które są dla nich oczywiste. To z perspektywy innej instytucji społecznej, z punktu widzenia innej wewnątrzinstytucjonalnej rzeczywistości, działania prawników wydają się arbitralne i władcze. Z wewnątrzinstytucjonalnej perspektywy prawa zakres naszej dyskrekcji okazać się może (przy założeniu stabilnej koncepcji źródeł prawa, paradygmatu interpretacyjnego itd.) znacznie węższy niż to się na ogół uważa<sup>40</sup>.

Władza sędziów działających w juryscentrycznym modelu praktyki prawniczej nie zagraża demokracji, ponieważ nie jest – ściśle rzecz biorąc – władzą. Prawniki działający pod wpływem „imperatywu instytucjonalnego”, przyjmujący postawę juryscentryczną, odciażającą proces interpretacji tekstu prawnego i stanu faktycznego, ma ograniczoną możliwość uzewnętrznienia swojej woli i egzekwowania osobistej władzy nad obywatelem. Działanie w instytucjonalnych strukturach prawa odbiera mu władzę nad jego własnym postępowaniem, wymuszając podejmowanie określonych decyzji, nawet jeśli jest im subiektywnie niechętny. Demokratyczny prawodawca nie konkuruje z prawnikami, lecz jest ograniczany w wyborze środków i celów przez zasady działania instytucji. Słowa „ograniczanie” można tu jednak używać tylko w takim znaczeniu, w jakim mówi się niekiedy o ograniczaniu katalogu racjonalnych decyzji prawodawczych przez prawa ekonomii. W jednym i drugim przypadku, w strukturze instytucjonalnej prawa i w gospodarce (która przecież też jest strukturą instytucjonalną) prawodawca próbujący kształtować ludzkie działania musi brać pod uwagę elementy rzeczywistości społecznej determinującej postępowanie adresatów norm i musi też mieć świadomość, że – ze względu na naturę owej rzeczywistości – niektóre możliwe do pomyślenia cele są nierealizowalne.

Podstawową przesłanką dla powstania juryscentrycznego modelu praktyki prawniczej są zmiany, które zaszły w myśleniu prawniczym oraz w społecznie akceptowanej koncepcji prawa. Współczesny pozytywizm nie traktuje już prawa jako „pustej” formy, w którą wpisują treść ustawodawcy czy ktokolwiek inny. Poprzez konstytucjonalizację praw człowieka oraz „zmiękczenie” pozytywizmu<sup>41</sup> dokonała się jurydyzacja wielu reguł uznawanych dotąd za zewnętrzne wobec prawa. Zresztą – czysto formalny aspekt prawa także ma swoją specyficzną spo-

<sup>40</sup> Szerzej: A. Kozak, *Granice...*, s. 142 i nast.

<sup>41</sup> T. Pietrzykowski, *„Miękkie” pozytywizm i spór o regułę uznania* [w:] J. Stelmach, *Szkice z filozofii prawa*, Kraków 2001, s. 97–121.

lęczną wartość<sup>42</sup>. We współczesnym państwie demokracji konstytucyjnej pojawił się „prawodawca negatywny”, który może – w imieniu porządku konstytucyjnego – stawiać opór zachciankom prawodawcy wyposażonego w tradycyjną legitymację demokratyczną. Ciągłe jeszcze można jednak dyskutować, czy obecny stan szeroko rozumianej kultury prawnej stwarza wszystkie przesłanki dla zamknięcia procesu tworzenia się juryscentrycznego modelu praktyki prawniczej. Istnieje w tej dziedzinie wiele wątpliwości, związanych przede wszystkim z usterkami teoretycznej legitymacji rzeczywistości instytucjonalnej prawa<sup>43</sup>. W takim jednak razie postawa juryscentryczna staje się dla nas swoistym zadaniem, jako jedyna instytucjonalna gwarancja autonomii prawa w społeczeństwie postindustrialnym. Wspominana wyżej koncepcja prawa jako rozmowy stanowi prawdopodobnie najpełniejszy wyraz więzi społecznej opartej na solidarności organicznej i doskonale odpowiada obecnemu stanowi społeczeństwa – niezwykle zróżnicowanego wewnątrznie pod każdym możliwym względem. Prawnicy jednak nie są uczestnikami tej rozmowy, lecz stanowią swoisty „empiryczny ekwiwalent” medium, poprzez które ta rozmowa się toczy, a mianowicie prawa. Jeżeli jesteśmy za coś odpowiedzialni, to przede wszystkim za zapewnienie warunków instytucjonalnych owego specyficznego dialogu. Język społecznej rozmowy pozostanie wspólny dla wszystkich jej podmiotów tylko pod warunkiem, że nie stanie się wyłączną własnością żadnego z nich. Jesteśmy jego depozytariuszami i nie możemy pozwolić, by ktokolwiek go zawłaszczył. Dlatego musimy dysponować autonomią względem wszystkich uczestników społecznej konwersacji. Najmocniejszym z możliwych fundamentów takiej autonomii może być tylko legitymowana i powszechnie akceptowana przedmiotowość prawa. Trudno ją sobie wyobrazić poza instytucjonalną strukturą i bez specyficznej, juryscentrycznej postawy aktorów.

---

<sup>42</sup> R.S. Summers, *The Juristic Study Of Law's Formal Character*, „Ratio Juris”, vol. 8, No. 3, 1995, s. 237–247.

<sup>43</sup> Takie uprawnienie jest niezbędnym elementem struktury instytucjonalnej (P.L. Berger, T. Luckmann, *Spółeczne...*, s. 150 i nast.).